

Id Cendoj: 28079120012010100005
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1341/2009
Nº de Resolución: 1359/2009
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

posición de garante en la estafa cometida por omisión

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Enero de dos mil diez.

En el recurso de casación por **infracción de ley e infracción de precepto constitucional**, que ante Nos pende interpuesto por Sandra, contra Sentencia dictada por la **Audiencia Provincial de Valladolid, sección nº 4, con fecha 27 de abril de 2009**, que la condenó por el delito de estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal, estando la recurrente representada por la Procuradora Sra Dª Sara Díaz Pardeiro.

I. ANTECEDENTES

1º.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Valladolid, instruyó Procedimiento Abreviado nº 957/07, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valladolid, sección nº 4, que con fecha 27 de abril de 2009, dictó Sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

" El 26 de Junio de 1998, la acusada, Sandra, recibió de Amadeo el encargo de intermediar en la venta del edificio de la Plaza del Ocho, nº 1 de esta Capital, cuya administración llevaba desde hacía años, a cambio de una comisión del 5% del precio.

Tan solo tres meses después de que recibiese el encargo de Amadeo, y con ánimo de defraudar a él y a sus hermanos y conseguir un lucro mucho mayor que el 5% que iba a cobrar por la mera intermediación en la venta del edificio de la Plaza del Ocho, la acusada propuso a los padres de Alicia constituir una sociedad para comprar el inmueble.

Con tal proposito, Sandra constituyó el 24 de septiembre de 1998 la mercantil "Promociones Edificio San Pedro Regalado, S.L." junto con Alicia y la madre y la suegra de ésta.

Una vez constituida, y ocultando su condición de socia de la misma a los hermanos Emilio Felicísimo Calixto Amadeo Covadonga Bernarda Almudena Augusto Cristóbal Alexander, les hizo saber que "Promociones Edificio San Pedro Regalado, S.L.", estaba interesada en adquirir su edificio por 122.000.000 de pesetas.

Sin embargo, antes de la compra a los hermanos Emilio Felicísimo Calixto Amadeo Covadonga Bernarda Almudena Augusto Cristóbal Alexander del edificio de la Plaza del Ocho, "Promociones Edificio San Pedro Regalado, S.L." había firmado ya un compromiso con ASFAS, S.A., por el que ésta le había adelantado 95.000.000 de pesetas, a cambio de que, una vez adquiriese de los hermanos Alexander Emilio Felicísimo Calixto Amadeo Covadonga Bernarda Almudena Augusto Cristóbal el inmueble, y se procediese a la división horizontal del mismo, le escrituraria los bajos.

Es decir, sólo por los bajos, ASFAS, S.A., pagó ya a "Promociones Edificio San Pedro Regalado,

S.L.", 95.000.000 de pesetas.

Con los 95.000.000 recibidos de ASFAS, S.AI, "Promociones Edificio San Pedro Regalado, S.L.", pagó después a los hermanos Emilio Felicísimo Calixto Amadeo Covadonga Bernarda Almudena Augusto Cristobal Alexander parte de los 122.000.000 por los que le compró el 1 de marzo de 1999 el edificio de la Plaza del Ocho.

Por encargo de ASFAS, S.A., Elias estuvo presente en la firma de la escritura de compra de "Promociones Edificio San Pedro Regalado, S.L." a los hermanos Alexander Emilio Felicísimo Calixto Amadeo Covadonga Bernarda Almudena Augusto Cristobal ; aunque se le dijo que éstos no debían saber que actuaba en defensa de los intereses, o por orden, de ASFAS, S.A.

Aunque quien firmó "por Promociones Edificio San Pedro Regalado, S.L.", fué Alicia , en la compra a los hermanos Emilio Felicísimo Calixto Amadeo Covadonga Bernarda Almudena Augusto Cristobal Alexander estuvo también presente Sandra .

Los 27.000.000 de pesetas, que después de los 95.000.000 recibidos de ASFAS, S.A., faltaban para completar los 122.000.000 de pesetas pagados a los hermanos Alexander Emilio Felicísimo Calixto Amadeo Covadonga Bernarda Almudena Augusto Cristobal , salieron de un préstamo que Bankinter hizo a "Promociones Edificio San Pedro Regalado, S.L.", motivo por el cual la escritura se firmó en la oficina de dicha entidad.

La devolución de este préstamo de 27.000.000 de pesetas se garantizó con una hipoteca, que se formalizó en el mismo acto de la compra a los hermanos Alexander Emilio Felicísimo Calixto Amadeo Covadonga Bernarda Almudena Augusto Cristobal , sobre el total del edificio y con el número de protocolo siguiente al de la compraventa; a pesar de que ASFAS, S.AI, ya había comprado los bajos y de que su representante, Elias , estuvo presente en la oficina de Bankinter.

Así que Sandra no puso ni una peseta de las 122.000.000 que pagó a los hermanos Emilio Felicísimo Calixto Amadeo Covadonga Bernarda Almudena Augusto Cristobal Alexander .

ASFAS pagó a "Promociones Edificio San Pedro Regalado, S.L." por el edificio de la Plaza del Ocho, 248.680.000 pesetas según escritura pública de 1 de septiembre de 1999. En dicha venta aparecen como transmitentes, Leon en concepto de Administrador único de la Sociedad, cuyo nombramiento se había producido días antes, por escritura de fecha 24 de agosto de 1999, desconociéndose las causas de tal nombramiento, así como las operaciones internas llevadas a cabo para llegar a tal situación, así como la propia acusada en la participación que ostentaba todavía en la sociedad del 33%.

Cuando ASFAS S.AI, compró el edificio a la sociedad "San Pedro Regalado S.L.", tenía que ceder a esta un piso del futuro inmueble como consta en la mencionada escritura de compra venta, piso que posteriormente, la referida sociedad cedió a Sandra según el compromiso que al parecer la sociedad "San Pedro Regalado" había adquirido con la acusada por su labor de administradora y ello a pesar de que la acusada no tenía derechos arrendaticios o de otro tipo sobre el edificio, que justificara dicha cesión.

Posteriormente, cuando ASFAS S.AI, vendió a su vez el edificio a los nuevos compradores (las mercantiles "Promotora Nascicon, S.L, e "Inversiones Aliel, S.L.U., ") estos compradores retuvieron 15.000.000 de pesetas a favor de la acusada porque el piso destinado a Sandra tenía menos metros cuadrados de los presumiblemente pactados. Dicho piso, según la valoración realizada por el agente de la propiedad inmobiliaria Ramón , tenía un valor mínimo de 60.000.000 de pesetas.

Teniendo en cuenta el precio final de la operación, urdida por la acusada, pagado por ASFAS y el precio pagado a los hermanos Alexander Emilio Felicísimo Calixto Amadeo Covadonga Bernarda Almudena Augusto Cristobal de 122 millones de pesetas, y que en vía civil Amadeo ha recibido 72.329,40 # (12.054,900 pesetas), en concepto de perjuicios por tal operación, el perjuicio causado a efectos de la presente causa sería de 113.469.100 pesetas. (equivalentes a 681.938,99 #).

2º.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento** :

" **CONDENAMOS** a la acusada Sandra como autora responsable de un delito de estafa, sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de **TRES AÑOS DE PRISION y MULTA DE NUEVE MESES**, con una cuota diaria de 10 #, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena y con sujeción a la responsabilidad personal

subsidiaria para caso de impago de **un día de privación de libertad** por cada **dos cuotas** diarias dejadas de satisfacer.

En concepto de indemnización de daños y perjuicios causados, la acusada abonará a los hermanos Almudena , Alexander , Bernarda , Augusto , Covadonga , Calixto , Cristobal , Emilio y Felicísimo , en la suma de 113.465,100 pesetas (equivalentes a 681.938,99 #).

Condenando también a la acusada al pago de las costas procesales causadas, excluidas las de la acusación particular.

Recábese del instructor, debidamente terminada, la pieza de responsabilidad civil de la acusada.

Así por esta nuestra sentencia, de la que unirá certificación al rollo de esta Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

3º.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por **Sandra** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formandose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4º.- La representación procesal de Sandra , basó su recurso en los siguientes **motivos de casación**:

PRIMERO.- Al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

TERCERO.- Al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

CUARTO.- Al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

QUINTO.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el artículo 109.2 del Código Penal .

SEXTO.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el artículo 250.7 del Código Penal .

SEPTIMO.- Al amparo del artículo 849.1º de la ley de Enjuiciamiento criminal, en relación con el art. 66.6 del Código Penal .

5º.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de deliberación y fallo cuando por turno correspondiera.

6º.- Hecho el señalamiento para la deliberación, esta se celebró el día **22 de diciembre de 2009**.

3º.- No

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los **tres primeros motivos** deben ser tratados conjuntamente. El **primero** y el **tercer** motivo del recurso han sido formalizados por la vía del art. 849.2º LECr. El recurrente invoca la carta fechada el 3 de septiembre de 1998 (aportada al inicio del juicio oral), cuya firma no ha sido negada por el querellante y la sentencia de 26.4.2000 del Juzgado nº 1 de Valladolid (fº 265 y ss.). A su juicio esos documentos prueban que no existió el engaño requerido por la estafa. Estima que la carta prueba la mendacidad del querellante en el juicio, donde dijo no saber que la acusada actuaba en la doble condición de compradora y mandataria del querellante. Afirma asimismo que en la citada sentencia se ha consignado que el querellante tenía conocimiento de su doble condición por haberlo reconocido en el proceso civil. En el **tercero** de los motivos se hace referencia a una serie de documentos que a su juicio demuestran que la acusada "antes de que se produzca la venta a ASFAS tiene renunciados los beneficios que la pudieran corresponder en relación con la venta del edificio". También el **segundo** motivo del recurso ha sido formalizado con apoyo en el art. 849.2º LECr ., pero en él no se señala documento alguno, sino que se sostiene que "si lo que quiere la acusada es constituir la sociedad (...) para la compra del edificio, nunca hubiera urdido (bastardilla en la p. 18 del recurso) quedarse en una desventajosa minoría dentro de la sociedad que constituía".

Los tres motivos deben ser **desestimados** .

La recurrente no ha sido condenada por no revelar a sus comitentes su carácter de socia de la sociedad compradora del inmueble, sino, por no haberles revelado que tenía una oferta de compra por una cantidad mucho mayor, es decir por haber omitido una información que le incumbía proporcionar como mandataria de aquéllos. Desde el punto de vista de la prueba de estos hechos, ni la carta y ni la sentencia prueban que haya informado a sus mandantes de una oferta superior que pensaba aprovechar y que efectivamente aprovechó.

A partir de la calificación jurídica de lo hechos probados de la sentencia recurrida, por otra parte, también es irrelevante si la venta a ASFAS fue realizada por la recurrente o por la representante legal de la sociedad de la que formó parte, dado que, en todo caso el Tribunal *a quo* ha entendido que el hecho que se reprocha a la recurrente es no haber informado a sus mandantes de la existencia de una oferta mayor.

Asimismo tampoco puede ser admitida la tesis sostenida en el motivo segundo. Sin perjuicio de que en él no se cita documento alguno, lo cierto es que el delito por que la Audiencia condenó a la recurrente no requiere que el autor haya perseguido obtener la totalidad del beneficio ilícito.

SEGUNDO .- Siguiendo un orden lógico corresponde considerar el motivo sexto del recurso, en que es alegada la infracción del *art. 250.7º CP* . Sostiene el recurrente que en este supuesto agravado de la estafa tienen que concurrir todos los elementos del tipo básico de la estafa y que "la situación que contempla esta circunstancia no es sino una de las maneras o vías posibles para engañar, pero nada sustancialmente diverso o más grave que el elemento nuclear de la estafa que viene constituido por el engaño".

El motivo debe ser **desestimado** .

Aunque la motivación del recurso es errónea, el *art. 250.7º CP* ha sido indebidamente aplicado en la sentencia recurrida. Es cierto, como sostiene la recurrente, que la aplicación del *art. 250.7º CP* presupone la realización del tipo básico contenido en el *art. 248.1 CP* . En este sentido, la Audiencia entendió que esos elementos se daban en el presente caso y condenó a la recurrente por estafa, aunque sin haber explicado suficientemente el fundamento de su decisión. No obstante es claro -como se dijo en el fundamento de derecho anterior- que en la sentencia recurrida se imputó a la recurrente no haber informado a sus mandatarios de una oferta de compra mucho mayor, que quiso aprovechar para beneficiarse. De ello se deduce, que el Tribunal *a quo* consideró implícitamente que la recurrente es responsable de una estafa cometida por omisión, toda vez que incumplió un deber de comunicar la posibilidad de una oferta mayor. Sin embargo, no explicó cuál era la fuente de este deber ni por qué razón la acusada era garante de que el sujeto pasivo no emitiera un consentimiento perjudicial para sus intereses.

De acuerdo con el *art. 11 a) CP* era preciso establecer si en este caso la recurrente tenía un deber especial legal o contractual de actuar. Por regla general, en el contrato de compraventa el comprador o su representante no están obligados a informar al vendedor de las posibilidades de obtener un precio mayor que el por ellos ofertado. Esta regla general, sin embargo, no es aplicable en el caso de un mandatario, un comisionista o un intermediario que asume en la operación el lugar de su principal y que tiene, por ello, la función de obtener el mayor precio posible para su comitente. En tales casos el deber de informar o comunicar las condiciones reales del negocio al principal se infiere de la naturaleza de la relación jurídica que los vincula. A tal conclusión se llega a partir del *art. 1459.2º Cód . Civil* que limita a los mandatarios la capacidad de adquirir por compra los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados". Esta limitación de la capacidad de adquirir tiene la finalidad de proteger así la confianza del mandante y de evitar que el mandatario haga prevalecer sus propios intereses sobre los del mandante.

Por consiguiente el abuso de confianza es, al menos en este caso, un elemento del engaño, es decir, una circunstancia del tipo básico. Así lo reconoce la Audiencia cuando afirma que la conducta de la acusada "la suponía ser infiel al contrato suscrito por ella con Amadeo ". Consecuentemente, el *art. 250.7º CP* no puede ser aplicado en el supuesto de una estafa por omisión con las características del presente caso.

No obstante, la estimación del motivo no conduciría a una modificación de la pena, pues, como se explica en el Fº Jº cuarto, concurre en el caso la *circunstancia del art. 250. 6º CP* .

TERCERO .- Los motivos **cuarto** y **quinto** del recurso se refieren a la responsabilidad civil. Sostiene la recurrente en primer lugar que el querellante ya ha sido indemnizado en 12.054.900 pesetas que se establecieron en la sentencia del pleito civil y que debió ser tomado en cuenta el precio que consta en las

escrituras, así como que la recurrente sólo tiene en la sociedad que adquirió el inmueble una participación del 33%. Por otra parte sostiene que habiendo ejercido el querellante previamente la acción civil en esa jurisdicción no cabe que la ejerza nuevamente en la jurisdicción penal.

El motivo debe ser **desestimado** .

La Audiencia estimó correctamente que sólo uno de los perjudicados había ejercido la acción civil y que por lo tanto, éste (Amadeo) ha sido correctamente excluido de la indemnización. Sin embargo, los demás querellantes no habían ejercido la acción civil y, por lo tanto, la determinación de la que a éstos les corresponde es ajustada a derecho.

Respecto de la suma de 113.465.100 pesetas fijada en la sentencia, en realidad, es menor que la que propone la Defensa, pues la diferencia entre los precios que figuran en las escrituras (248.680.000 y 122.180.000 de pesetas) es de 126.500.000.- de pesetas. El principio que prohíbe la *reformatio in pejus* no permite modificar la indemnización fijada en la sentencia recurrida.

No es admisible tampoco limitar la responsabilidad de la recurrente a su participación del 33% en la sociedad adquirente en primer término, dado que la medida de la indemnización es el daño producido por su hecho antijurídico, con total independencia del enriquecimiento que la comisión del delito hubiera podido reportarle.

CUARTO .- En el **séptimo** motivo es alegada la infracción del *art. 66.6 CP* , dado que la pena ha sido establecida al no concurrir circunstancias atenuantes o agravantes no debería superar los dos años de prisión.

El motivo debe ser **desestimado** .

Hemos considerado que no es aplicable al caso el *art. 250.7º CP* . Sin embargo, en tanto las acusaciones solicitaron la aplicación del *art. 250.6º CP* y la cantidad del perjuicio exige tomar esta circunstancia en consideración, la pena establecida en la sentencia resulta ser una pena justificada.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **no haber lugar** al recurso de casación por **infracción de ley e infracción de precepto constitucional** , interpuesto por **Sandra** , contra Sentencia nº 163/09, dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, seccion nº 4 , con fecha 27 de abril de 2009, rollo de sala nº 1/2009 . en causa seguida contra la misma por el delito de **estafa**.

Condenamos a la recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Juan Saavedra Ruiz D. Perfecto Andres Ibañez **D. Francisco Monterde Ferrer D. Luciano Varela Castro D. Enrique Bacigalupo Zapater**

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Enrique Bacigalupo Zapater , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.